Gaspar Guimarães

O VINCULO

entre o Estado e o Funccionario

(Synthese da boa doutrina, de accôrdo com a jurisprudencia e as leis em vigor, para elucidação, tanto das administrações, como dos funccionarios, por um juiz de direito).

BIBLIOTHECA PARTICULAR DE MÁRIO YPIRANGA MONTEIRO

1921
AMAZONAS
MANAOS

1805
cmcp

Gaspar Guimarães

O VINCULO

entre o Estado e o Funccionario

(Synthese da boa doutrina, de accôrdo com a jurisprudencia e as leis em vigor, para elucidação, tanto das administrações, como dos funccionarios, por um juiz de direito).

1921
AMAZONAS
MANAOS

Am m 1455

O VINCULO

ENTRE O ESTADO E O FUNCCIONARIO

Categorias de funccionarios

O direito administrativo brazileiro distingue tres categorias de funccionarios:

a) *vitalicios;*

b) *não vitalicios, mas somente demissiveis, por acto da administração, em virtude de motivos precisa e taxativamente indicados na lei e mediante a observancia de certas formalidades tambem de caracter administrativo;*

c) *demissiveis* «ad nutum».

Perda do cargo

Os da primeira categoria, isto é, os **vitalicios,** somente perderão os seus cargos por sentença do Poder Judiciario, passada em julgado,—e isso precisamente é o que caracteriza a vitaliciedade do funccionario.

Os da segunda podem perder o cargo em razão de simples processo administrativo determinado em lei.

Em relação aos da ultima categoria, porém, a administração publica está armada de poder discricionario, podendo demittil-os livremente, a coberto da apreciação dos outros poderes politicos.

A formula «emquanto bem servir»

Entre os da primeira e os da ultima categoria, a jurisprudencia nacional collocou ainda uma outra situação juridica especial,—a dos funccionarios nomeados para exercer o cargo **emquanto bem servirem** (*during good behaviour*), se bem que essa clausula, nos Estados Unidos, de onde proveio, constitua a garantia inilludivel de uma perfeita inamovibilidade.

Em todo caso, a nossa mais alta Corte Judiciaria,—o Supremo Tribunal Federal, já a interpretou soberanamente como formal limite do arbitrio da administração publica em materia de demissão de funccionarios que, nomeados sob essa salvaguarda, *não podem ser demittidos sem prova cumpridamente feita de que exerciam mal as funcções do seu cargo* («vide» especialmente o «accordam», inserto na Revista do Supremo Tribunal, vol. XV, fasciculo de maio de 1918), ou por outra, *senão quando forem* convencidos *da falta de exacção no cumprimento de seus deveres ou da pratica de actos que moralmente os tornem incompativeis com o exercicio dos respectivos cargos* («vide» sentença e «accordam» insertos na mesma publicação, vol. III, pag. 362 e seguintes, fasciculo de abril de 1915).

Determinada, assim, a posição juridica dessa categoria intermediaria de funccionarios, é claro que, não podendo ficar equiparada á da generalidade dos funccionarios demissiveis «ad nutum», a sua dispensa do serviço publico soffre restricções que á lei ordinaria cumpre regulamentar.

Demittido um funccionario, rodeado dessa garantia de estabilidade, sem ser *a pedido* ou *convencido* de servir mal o seu emprego, resulta violação manifesta da lei, de accordo com a jurisprudencia do

nosso mais alto tribunal, que considerou positivamente a clausula—**emquanto bem servir**—, como delimitação á faculdade de demittir livremente, não sendo de suppor, aliás, que essa expressão seja uma excrescencia inutil da lei, pois que tal importaria em admittir que os legisladores desconheçam a força e o valor da terminologia que emprégam.

A doutrina de que, não determinando a lei o «modo» de apurar se o funccionario serve bem ou mal, só ao governo compete, «pelos meios moraes que entender acertado», verificar a necessidade, conveniencia ou opportunidade da sua exoneração, sustentada pelo ex-Procurador Geral da Republica, ministro Edmundo Muniz Barretto, tem sido constantemente e sem discrepancia repellida pelo Supremo Tribunal Federal, em suas numerosas decisões, que hoje constituem juizo definitivo sobre o assumpto.

Convencido, quer dizer, persuadido, certo; forçado pelo raciocinio, pela logica, a acceitar uma prova, um argumento, um facto, por incontestavel; obrigado a reconhecer por factos incontestaveis a verdade que se affirma.

Convencer alguem de um crime, é provar-lh'o de sorte que não possa allegar cousa em contrario, ou alguem duvidar da responsabilidade do réo. E' obrigar a alguem reconhecer que tem culpa.

Prova cumpridamente feita de exercer mal as funcções, é a documentação bastante, a demonstração satisfactoria, da falta de exacção no cumprimento do dever.

«Ergo», se a lei se esqueceu de apontar o **modo** de apurar se o funccionario serve bem ou mal, a jurisprudencia da mais elevada corporação judiciaria do paiz traçou a regra a que a administração publica está adstricta e cuja falta não será motivo para que esta se arrogue o poder de derogar, supprimir, ou burlar uma garantia de estabilidade do funccionario, creada pela lei e perfeitamente definida por seus legitimos interpretes.

Para a dispensa dos funccionarios não demissi-

veis «ad nutum» só ha dois processos conhecidos em direito:—o **regulamentar,** ou o **judicial.**

A' falta do primeiro,—só encontramos para essa dispensa, quando o funccionario indemissivel «ad nutum» não se dispõe a pedil-a, o alvitre de recorrer o governo ao segundo, que é o processo ordinario de apurar a responsabilidade dos funccionarios publicos em geral.

A propria demissão fundamentada não satisfaz á jurisprudencia corrente que exige « seja o demittido «convencido antes» de que servia mal o seu cargo»—uma vez que, para alguem ficar «convencido» de uma falta, é preciso que seja «ouvido a respeito della» e que se defenda da accusação, sob pena de ficar vencido, mas não convencido.

Indubitavelmente, a clausula—**emquanto bem servir**—constitue uma garantia de estabilidade, que exclue de modo inilludivel a demissão a arbitrio do poder, segundo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal,—«essa instituição equilibradora, por excellencia, do regimen, a que mantem a ordem juridica nas relações entre a União e os seus membros, entre os direitos individuaes e os direitos do poder, entre os poderes constitucionaes uns com os outros, na phrase de Ruy Barbosa « (O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brazileira», *Discurso ao tomar posse do cargo de Presidente do Instituto dos Advogados*).

Inexistencia de privilegio

A garantia de estabilidade concedida ao funccionario jamais será um privilegio de natureza pessoal, em antagonismo ao principio de egualdade social, porquanto, longe de ser graça ou favor, privativo de pessoa ou classe, emana da funcção e não do titular, tendo fundamento juridico em a necessidade de que determinadas funcções sejam exercidas com a indispensavel independencia ou imparcialidade, a bem do interesse geral da collectividade.

A vitaliciedade é, aliás, instituição amparada pelo

proprio pacto fundamental que nos rege e cujo art. 74 estatue expressamente que «**serão garantidos os direitos dos funccionarios inamoviveis em toda sua plenitude.**»

Natureza do vinculo

A estabilidade assegurada ao funccionario, de qualquer modo, no exercicio de determinada funcção, cria *ipso facto*, entre elle e o Estado, um vinculo de direito (**vinculum juris**), pelo qual o funccionario se obriga a prestar o serviço que lhe é exigido e o Estado se obriga a conserval-o no cargo, com os proventos, pelo tempo que durar o vinculo e emquanto subsistirem as condições pactuadas, ou pre-estabelecidas na lei.

«As vantagens concedidas aos funccionarios publicos, posto que pareçam pura creação da lei, na realidade não o são, e sim condições de um contracto entre a administração e aquelles funccionarios, e este é o motivo porque não podem ser alteradas por lei posterior» (Ribas, *Direito Civil*, vol. I, pag. 230).

«E' fora de duvida que a investidura do funccionario no cargo constitue uma promessa contractual e cria um vinculo juridico; e, embora seja um acto de direito publico, é tambem um acto de direito civil, pois estabelece direitos, cuja lesão dá logar a uma acção judicial reparadora» (Meucei, *Direito Administrativo*, pag. 208).

Não é um contracto commum, mas um contracto *sui generis*, que participa da natureza do mandato e da locação de serviços, ao mesmo tempo.

«E' hoje dominante, diz Ruy Barbosa, a doutrina que reconhece verdadeiro contracto ao vinculo que se estabelece com o Estado, ao entrar o funccionario a seu serviço, criando um conjunto de obrigações e direitos reciprocos entre o funccionario e o Estado; de um lado, um dever particular de serviço,

obediencia e fidelidade; de outro lado, o dever, para o Estado, de protegel-o e dar-lhe a remuneração fixada por seus serviços.»

Immittido na posse do cargo, o funccionario encorpóra, portanto, ao seu patrimonio juridico, os respectivos proventos, pela duração do vinculo contrahido.

A applicação desse postulado aos funccionarios vitalicios importa em admittir que o acto de sua nomeação, seguido de posse, vincúla, desde logo, o Estado a pagar-lhes os vencimentos e assegurar-lhes as demais vantagens do cargo *emquanto elles viverem*, ou emquanto não perderem o dito cargo por acto proprio, previsto em lei.

Os proventos do cargo passam a ser encorporados ao seu patrimonio juridico *por toda a vida.*

Esse facto, entretanto, não lhes dá bem a propriedade do cargo de que estão, cada qual, investidos, mas uma universalidade de direito (**universitas juris**), que representa, na verdade, a figura juridica de uma *propriedade ideal*, sendo precisamente, segundo Planiol, **um conjuncto de direitos e obrigações apreciaveis em moeda**, ou conforme melhor a define a corrente moderna vencedora, **um conjuncto de direitos e obrigações exigiveis em dinheiro**».

Indemnização ao funccionario demittido

A priori, todo funccionario, cuja estabilidade, por qualquer modo, a lei garante, deve ser indemnizado, sempre que perder a sua posição por acto independente de sua vontade.

A razão é que os *modos de extincção* das obrigações não podem ser senão os estipulados no respectivo pacto, ou decorrentes dos principios geraes de direito.

«Só a vontade concorde dos contrahentes pode dissolver o vinculo que somente por vontade accorde teve vida e efficacia» (Lacerda de Almeida, *Obrigações*).

«Só se desfazem os contractos em consequencia de uma condição resolutiva, expressa ou tacita» (idem).

São preceitos esses que todos acatam como verdades juridicas.

Mas, se a indemnização, ou reparação pecuniaria, é devida a todo funccionario vitalicio, tanto nos casos de demissão illegal quanto nos de extincção do cargo,—esse direito soffre restricções relativamente aos funccionarios não vitalicios, quando, em virtude de reducção do serviço publico, desapparece o emprego por suppressão.

De facto, supprimindo o Estado um cargo vitalicio, renuncía aos serviços que lhe presta o funccionario; mas, essa renuncia não o liberta da obrigação contrahida expressamente, de assegurar-lhe a permanencia no cargo, **vitaliciamente,** isto é, **pela vida do funccionario,** com todos os proventos do mesmo,—porquanto, se uma parte contractante pode abrir mão dos seus direitos, não lhe é licito, por si mesma, contra a vontade da outra, eximir-se da prestação que lhe deve.

A méra circumstancia de se tornar superfluo, inopportuno ou gravoso um cargo, levando o Estado a supprimil-o, não pode modificar o vinculo perpetuo existente entre este e o funccionario, alterando-lhe a substancia, restringindo-lhe os effeitos e annullando-o na sua força obrigatoria, desde que tal condição resolutiva não é compativel com a respectiva clausula essencial—a perpetuidade.

Essa indemnização, ou reparação pecuniaria, devida ao funccionario vitalicio, qualquer que seja a causa da perda do cargo,—uma vez que não resulte de acto voluntario ou de sentença do Poder Judiciario, passada em julgado,—deve ser integral, completa, sem restricções, porquanto o citado artigo 74, da Constituição Federal, manda taxativamente que taes direitos sejam garantidos **em toda sua plenitude,** isto é, **sem nada excluir.**

Com effeito, é hoje doutrina assente pela nossa jurisprudencia que o funccionario vitalicio mantém os

seus vencimentos irreductiveis, ainda mesmo depois de extincto o cargo («Accordãos», n.º 112, do Supremo Tribunal Federal, de setembro de 1895; n.º 133, de 27 de novembro do mesmo anno; n.os 491 e 496 de 16 de dezembro de 1899; e de 28 de junho de 1909; e da Camara Civil da Côrte de Appellação, de 31 de dezembro de 1908 e de 11 de dezembro de 1911,—*Revista do Direito*, vol. XI, paginas 357 e 570).

Na verdade, pensar em contrario seria entregar a garantia constitucional á mercê dos sophismas.

O predicamento poderia tornar-se puramente nominal, ficando burlado litteralmente pela abolição do cargo (*Revista do Direito*, vol. XXXII, pag. 561).

A indemnização aos «não vitalicios»

Quanto aos funccionarios **não vitalicios**, apezar da disposição assecuratoria de estabilidade que porventura os ampare, não os soccorre a situação juridica excepcional que aos vitalicios dá a perpetuidade do vinculo, nos casos de extincção da funcção e suppressão do cargo por motivo de ordem publica.

Não sendo vitalicio o funccionario, entende-se que a sua investidura no cargo é **pelo tempo em que este subsistir,** sendo a rescisão do vinculo, pela extincção do emprego não vitalicio, clausula implicita do proprio vinculo.

Não pode haver paridade entre a estabilidade resultante do direito de não perder o emprego, por acto do Governo, senão mediante simples formalidades administrativas, e a vitaliciedade, pela qual o funccionario, tendo direito á perpetuidade na respectiva funcção, só perde o cargo por sentença do Poder Judiciario, passada em julgado.

Não se equivalendo uma á outra, claro é que as garantias decorrentes de cada uma dessas situações juridicas devem ter, egualmente, alguma differença entre si, não podendo, da relação bilateral entre

o Estado e o funccionario, caber a este mais do que as vantagens que lhe foram concedidas.

A vitaliciedade não se presume. Como derogação do direito commum, que occasiona uma situação juridica excepcional, necessita de ser formalmente estabelecida.

E sendo uma excepção, «só existe quando a lei expressamente a declara, não podendo ser reconhecida por interferencia» («Accordam», do Supremo Tribunal Federal, n.º 1835, de 21 de novembro de 1914), e as condições e requisitos, para que ella se verifique, não devem ser interpretadas pela analogia, ou ampliadas, e sim comprehendidas em sentido restricto» (Sentença confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, «Revista do Supremo Tribunal», vol. III, fasciculo n.º 4, de abril de 1915).

Aos funccionarios não vitalicios, conseguintemente, não compete, em principio, pedir judicialmente indemnização, ou reparação pecuniaria, no caso de extincção do cargo por motivo de ordem publica, ainda que, de certa maneira, lhe tenha sido garantida a estabilidade, porquanto aquelle direito só foi virtualmente conferido aos que se acham de pósse de funcções de investidura perpetua ou vitalicia.

A' falta de **estatuto,** que defina os direitos do funccionario publico, não é licito ao julgador sanar as lacunas da legislação, garantindo, sem texto expresso de lei, ou além dos limites determinados no mesmo texto expresso, a estabilidade de determinadas funcções publicas («Accordam», do Supremo Tribunal Federal, de 12 de maio de 1915).

A verdade é que, não tendo o Poder Legislativo, quando creou a funcção, decretado a sua perpetuidade, essa condição não ficou estabelecida, ao investir-se o funccionario no cargo.

Este, portanto, não podia encorporar tal direito ao seu patrimonio, e a indemnização, ou reparação pecuniaria, si houver, será por acto lateral do poder competente que a determinará, por occasião da extincção do cargo, si a entender justa ou equitativa.

Poderá deixar de ser integral.

Em thése, essa indemnização, ou reparação pecuniaria, salvo para os casos em que a lei prévia e especialmente a tiver determinado, é de direito «constituendo», e não de direito constituido.

A vitaliciedade no Estado do Amazonas

A Constituição do Estado do Amazonas, de 1895, estatuia que seriam vitalicios todos os empregados que contassem cinco annos de serviços, no mesmo Estado.

A de 1910 elevou esse prazo para dez annos de bons serviços ao Estado.

A de 1913, vigente, supprimiu a clausula e védou que as leis ordinarias estatuissem sobre a vitaliciedade, dizendo no seu art. 114: *Só serão vitalicios os funccionarios expressamente declarados nesta Constituição, respeitados os direitos adquiridos.*

Não póde haver hesitação em affirmar que, desde a data dessa Constituição, as leis ordinarias deixaram, neste Estado, de possuir fôrça para declarar vitalicias as funcções.

Todo o seu effeito, sob esse ponto de vista, ficou adstricto ao passado.

Garantidos os direitos adquiridos aos que já gosavam das vantagens da vitaliciedade em virtude dos dispositivos de simples leis ordinarias,—somente, daquella data em diante, gosarão dessa estabilidade excepcional os declarados expressamente no estatuto básico do Estado, isto é, os desembargadores e juizes de direito, que já a frúem em virtude da Constituição Federal, e o Procurador Geral do Estado. Os promotores publicos exercerão os cargos *pelo tempo que bem servirem.* Nada mais.

O art. 118 accrescenta: *Toda lei ou regulamento que fôr contrária a esta Constituição, ou á da União não será executada.*

O principio da irretroactividade.—Direitos adquiridos e expectativas de direito

Segundo Merlin *(Rep. de Jurisprudence,* verb. **droits acquis),—direitos adquiridos** éram «aquelles que já pertenciam a alguem antes do acto ou facto que se lhe oppunha para impedil-o de gosar desses direitos».

A lei tornava-se retroactiva quando offendia esses direitos, supprimindo-os, ou modificando-os.

A Constituição Federal, art. 11, § 3.º, prohibiu aos Estados, como á União, **prescrever leis retroactivas.**

Era reconhecida, porém, por todos, a difficuldade para definir verdadeiramente a retroactividade das leis, assim como em distinguir um «direito adquirido» de uma « expectativa », pelos caracteres proprios.

«A distincção usual dos direitos adquiridos e das expectativas, qualquer que seja a definição que se dê a uns e outros, contradiz-se a cada passo, pela necessidade de incluir, numa das classes, faculdades e vantagens que correspondem á definição da outra», dizia Planiol («Traité élémentaire de Droit Civil», tomo I, 242).

Reputava-se insoluvel o problema quando se queria estabelecer um dos postulados:—1.º, a «retroatividade» da lei nova, applicada no passado a factos que somente a lei antiga devia reger ; 2.º, a «sobrevivencia» da lei antiga continuando a reger factos que estavam sob o imperio da lei nova.

Segundo Planiol, a formula a adoptar deveria ser a seguinte:—«A lei é retroactiva quando regride ao passado para apreciar as «condições de legalidade de um acto», ou para modificar ou supprimir os «effeitos de um direito já realizados». «Fora disso, não existe retroactividade e a lei pode modificar os effeitos futuros de factos ou de actos mesmo anteriores, sem ser retroactiva».

Os codigos dos paizes cultos registravam o prin-

cipio da não retroactividade das leis, mas não o definiam de modo pratico; ainda que, em algumas legislações, elle fosse declarado na propria lei fundamental, como nos Estados Unidos, Grecia, Noruega, e no Brazil desde o antigo regimen.

Nesse interim, o Codigo Civil Brazileiro encarou o assumpto mais scientificamente, regulamentando o art. 11, § 3.º, da Constituição Federal, no art. 3.º da sua «Introducção», cujo teor é o seguinte: — *A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o acto juridico perfeito, ou a cousa julgada.*

Definindo cada um desses factos juridicos, accrescentou, no § 1.º do mesmo artigo, que se consideram **direitos adquiridos,** «aquelles que seu titutular, ou alguem por elle, possa exercer, ou aquelles cujo começo de exercicio tenha termo prefixo, ou condição pre-estabelecida, inalteravel a arbitrio de outrem».

Evidentemente, desse dispositivo legal, já se inferiria o reconhecimento, pelo nosso Codigo Civil, de duas especies de direitos adquiridos: **actuaes** e **futuros,** si o art. 74, «alinea» 3.ª, do texto do mesmo codigo, não o fizésse de maneira positiva, estatuindo: «*Dizem-se* **actuaes** *os direitos completamente adquiridos, e* **futuros** *os cuja acquisição não se acabou de operar*».

Em face dessa classificação da lei viva entre nós, deixou de subsistir o processo arbitrario de considerar **expectativas de direito** a todos os direitos não completamente adquiridos, ou cuja acquisição não se acabou de operar, excluindo-os da protecção do principio constitucional que proscreve a retroactividade das leis.

Pelo nosso Codigo Civil, taes direitos futuros são considerados direitos adquiridos para o effeito de os não poder modificar, ou supprimir, a lei nova.

A relação juridica, que delles se géra, não pode ser abrogada por disposição legal posterior ao respectivo vinculo, depois da promulgação do mesmo Codigo Civil.

Legem habemus, e por esse fundamento não

ha mais opportunidade da velha controversia afim de traçar as espheras dos **direitos adquiridos** e das **expectativas** ou **esperanças de direito,** — empresa a que nenhum Codigo, até então, se abalançára, e nenhum autor conseguira levar a termo com exito.

Presentemente, pela nossa lei escripta, só são **expectativas**, em rigor, aquelles direitos cujo exercicio não teve inicio sem motivo algum,—ou, não sendo em razão de um prazo prefixado, por estarem sujeitos a uma condição «alteravel á vontade de outrem», esta condição não tendo vindo a realizar-se ainda.

Afora taes hypotheses, a perfeita realização do facto juridico não importa.

Haja um prazo combinado a correr, ou uma condição a effectuar-se, inalteravel a arbitrio de outrem, — a relação juridica, embora de qualquer maneira não tenha alcançado a sua perfeição formal, ou constitua um direito cuja acquisição não se tenha acabado de operar, não é uma **expectativa de direito,** mas um **direito adquirido futuro,** um **facto juridico**, que a nossa lei subtrahe á acção de qualquer lei posterior.

Se da nomeação e posse de um funccionario, firmam-se obrigações reciprocas, por parte delle e do Estado, e do conceito das obrigações decorre, por seu turno, que «a vontade das partes fica adstricta á satisfação da obrigação»,—é claro que o direito do funccionario á vitaliciedade num termo prefixado, desde que preencha em qualquer tempo as condições preestabelecidas no contracto, não depende de condição que possa ser alterada a arbitrio de outrem.—«Termo», antes de tudo, não é, strictamente, uma «condição». Antes do termo, dizia Pothier, já existem direitos e obrigações, de sorte que, convalescendo o contracto, presume-se que os seus effeitos tenham começado não *ex-nunc*, isto é, da data em que se realiza a condição, mas *ex-tunc*, isto é, da data em que foi justo o contracto.

E' preceito de direito, aliás, que «as obrigações são governadas em seu nascimento pela lei sob cujo imperio foram constituidas. A efficacia dos contractos é regulada pelo direito vigente ao tempo

em que foram contractados» (Eduardo Espinola, «Systema de Direito Civil Brazileiro», pag. 217»).

Os **effeitos futuros** de factos juridicos, — de que falla Planiol, dizendo que a lei posterior póde modifical-os sem ser retroactiva, — não são sempre, como outr'ora, simples expectativas de direito, e podem constituir direitos adquiridos, embóra incompletamente, que as leis novas não attingem, sob pena de retroagirem.

O direito, **cuja acquisição não se acabou de operar,** apenas não é um direito «completamente adquirido», mas não deixa de ser uma das duas especies de direitos adquiridos que o nosso Codigo Civil reconhece, denominando-o **direito adquirido futuro**, em contraposição ao **direito adquirido actual.**

Isto pôsto, verifica-se que a formula de Planiol, expendida a principio, restringindo a irretroactividade das leis aos **effeitos de direito já realizados**, não confere com o novo criterio dos **direitos adquiridos futuros** da nossa legislação, que se caracterizam por um **começo de acquisição**, ou por uma acquisição incompleta, ou a completar-se no futuro.

Irretroactividade das constituições amazonenses

Os funccionarios vitalicios subdividem-se em duas classes:—aquelles que o são em razão da posse, e os que o são em virtude do preenchimento, posterior á posse, de certas condições legaes, como seja um determinado tempo de serviço.

As constituições amazonenses de 1895 e 1910 concedem, expressamente, a vitaliciedade a todo aquelle funccionario que ao Estado do Amazonas prestar um certo numero de annos de bons serviços.

E' logico que se trata de um direito cujo começo de exercicio tem um termo prefixo, achando-se incluido numa das hypotheses da definição dos **direitos adquiridos,** do art. 3.º, § 1.º, do Codigo Civil.

Da mesma maneira, deve-se convir que, em se tratando de um prazo marcado para a acquisição de um direito e tendo esse prazo começado a decorrer, o funccionario, em favor de quem foi elle estipulado, começou a adquirir, por seu turno, o direito decorrente da clausula que o estipulou.

Ha nesse facto um principio de acquisição, ou uma acquisição incompleta.

Isto pôsto, conclue-se de toda a argumentação aqui desenvolvida que, emquanto essa acquisição não se acabar de operar, o funccionario é possuidor de um **direito adquirido futuro** pela lettra e espirito do nosso Codigo Civil: e, de qualquer modo, é possuidor de um **direito adquirido** que, por isso, se torna inattingivel pela lei nova.

Logo que a acquisição se acabe de operar, isto é, se complete tal direito,—elle passará, então, a ser um **direito adquirido actual.**

Um e outro, todavia, são «direitos adquiridos», para todos os effeitos juridicos e legaes, segundo o nosso Codigo Civil.

A expressão «direito adquirido futuro» póde ser antinomica, mesmo contradictoria; mas, é a de que se sérve a nossa magna lei civil para resolver o árduo problema de definir uma das modalidades do verdadeiro e exacto conceito dos—«direitos adquiridos».

Desdobrando a definição de «direitos adquiridos», do art. 3.º, § 1.º, da «Introducção» ao Codigo Civil, Clovis Bevilaqua, o autor do respectivo Projecto, traça as tres regras seguintes, que fazem, como interpretação authentica, inteira luz sobre o assumpto:

1.ª.—Os direitos realizados, ou «apenas dependentes de um prazo», para que se possam exercer, «não poderão ser prejudicados por uma lei que lhes altere a existencia»;

2.ª—o direito subordinado a uma condição, não alteravel a arbitrio de outrem, merece o mesmo respeito que o já effectuado;

3.ª—os direitos adquiridos, que as leis devem respeitar, são vantagens individuaes, «ainda que ligadas ao exercicio de funcções publicas».

Effectivamente, quando, pela investidura e posse, o titular de um cargo entra no exercicio de sua funcção, estabelece-se, desde logo uma relação de direito civil entre elle e o Estado, ligada á relação de direito publico.

Por essa razão, a lei nova, não obstante seus motivos de ordem publica, não pode retroagir, sem attender aos interesses do patrimonio individual do titular do cargo affectado por ella.

Criterio nacional

Esse modo de entender da nossa jurisprudencia e nossas leis resulta de ter o nosso estatuto basico feito, do principio da irretroactividade das leis, um preceito constitucional, estabelecendo concomitantemente, a cada passo, o direito adquirido como barreira á acção de algumas de suas proprias disposições revolucionarias.

Nos paizes, onde taes principios não são dos textos constitucionaes, mas de direito privado,—como na Hollanda, França, Austria, Uruguay, Argentina e Chile—, é possivel admittir-se-lhes maiores restricções, sobretudo em materia connexa ao direito publico.

Entretanto, «nos paizes onde o effeito retroactivo das leis é prohibido pela Constituição, «maior é o rigor no applicar a doutrina, pois são repellidas todas as excepções sobre as quaes exista controversia» (Carlos Maximiliano, «Commentarios á Constituição», pag. 232).

«A Constituição, art. 11, § 3.º, védou á União como aos Estados, «prescrever leis retroactivas». Esse principio de politica juridica legislativa é, portanto, entre nós, de natureza constitucional, «o que lhe dá maior vigor e amplitude do que nos paizes onde é apenas um preceito de direito civil» (Clovis Bevilaqua, «Commentarios ao Codigo Civil», vol, 1.º pag. 93).

Assim sendo, o postulado de Gabba, incontestavelmente grande auctoridade no assumpto,—de que «as leis de natureza politica, ou de ordem publica e

constitucional, applicam-se immediatamente, e os correspondentes direitos e deveres mudam-se e modificam-se tambem immediatamente em virtude dellas», tem muito menos extensão no Brazil, que naquelles paizes.

Pode dizer-se que, pelo nosso direito, sómente as leis puramente politicas, como sejam as que extinguem determinadas corporações politicas propriamente ditas, e as de jurisdicção, competencia e processo, e bem assim as leis relativas ao estado e á capacidade das pessoas, são as que se régem pelas conclusões do postulado de Gabba.

As primeiras, na verdade, firmam uma nova ordem juridico-social e devem ser, por sua propria natureza, inflexivelmente e sem demora applicadas; e as segundas, consideradas simples faculdades concedidas pela lei, não constituem direitos adquiridos, nem começo de acquisição.

Nenhuma das hypotheses interessa, em summa, ao patrimonio do individuo, propriamente dito.

Situação juridica do Estado, quando contracta

Existindo, como vimos, entre o Estado e o funccionario, desde a sua investidura e posse, um vinculo que lhe assegura todas as vantagens decorrentes das leis existentes ao tempo de ser aquelle contrahido, inclusive o de ser declarado vitalicio no fim de um prazo prefixado, não pode o dito vinculo, no todo, ou em parte, ser quebrado por uma das partes, contra a vontade de outra que seja titular do direito.

A faculdade de resilir contractos não mais pertence hoje, quer ao Executivo, quer ao Legislativo, por faltar-lhes jurisdição propria para esse fim,—mas a um terceiro poder,—o Judiciario,— especialmente criado para declarar validos ou nullos, nos conflictos suscitados, os actos e os contractos.

O acto que dissolver um vinculo, partindo daquelles dous poderes politicos, é nullo.

Constitue abuso ou excesso de poder, e occasiona indemnização por perdas e damnos.

«Ipso facto», a lei que pretender attingir um vinculo pre-existente, revogar uma promessa contractual e interromper uma acquisição que se está operando mansa e pacificamente, retroage, commette uma injustiça e fére um direito adquirido,—sendo do conceito das obrigações que nenhuma das partes contractantes, «ex-propria autoritate», pode eximir-se da prestação a que se obrigou.

O Estado, quando contracta, perde o «imperium», que lhe é peculiar e transforma-se em simples parte, agindo como qualquer particular e representando-se pela pessôa juridica que se denomina—«Fazenda Publica.

Por essa razão, nenhum acto, nenhuma lei, delle emanados, poderá attingir o vinculo pre-existente por elle contrahido, que só póde ser dissolvido ou extincto, contra a vontade das partes contractantes, pela maneira convencionada, ou principios legaes sob cujo imperio foi constituido.

O funccionario, quando violada a seu respeito a clausula legal que o favorece, e que faz parte integrante do vinculo que se atou entre elle e o Estado, definido pela doutrina vigente, segundo já dissemos, como «um conjuncto de direitos e obrigações exigiveis em dinheiro», comparece, em juizo, armado do poder de coacção que cabe a todo credor para obrigar o devedor a satisfazer a prestação que lhe é devida.

Aliás, esse é o principal effeito de toda obrigação, cuja efficacia reside na força coactiva do vinculo que della decorre.

Abolição do Contencioso Administrativo. — Attribuição exclusiva do Poder Judiciario

Nomeado ou reintegrado um funccionario, e uma vez o mesmo empóssado, resulta immediatamente para elle um conjuncto de direitos que se corporificam na posse do cargo.

Se o vinculo é de natureza perpétua, torna-se indissoluvel, qualquer que seja a razão de ordem, sem o accôrdo das vontades, ou se não se verificar hypothese que léve o poder competente a pronunciar definitivamente a sua dissolução, condemnando o funccionario á perda do cargo.

Se o vinculo não é de natureza perpetua, mas indissoluvel sem determinadas formalidades, tambem não póde ser desfeito, emquanto existir a funcção, que só o Poder Legislativo póde extinguir, dentro de suas attribuições constitucionaes, por motivos que ao mesmo cabe apreciar,—salvo se occorrerem contra o funccionario circumstancias, previstas precisa e taxativamente na lei, que acarretem para elle, depois de apuradas no competente processo administrativo ou julgadas por sentença do Poder Judiciario, quando fôr caso disso, a perda do emprego.

Fóra dessas hypotheses, havendo um direito encorporado ao patrimonio, tanto o Poder Executivo ou Administrativo, como o Poder Legislativo, não têm jurisdicção para annullal-o, embora seja o mesmo annullavel, visto que o actual regimen aboliu o «Contencioso Administrativo»,—perniciosa instituição de origem franceza que submettia certos assumptos administrativos a tribunaes administrativos, excluindo-os da alçada judiciaria, o que contraría não só aos principios liberaes, como á propria Constituição Federal que traçou a orbita de cada um dos tres Poderes Politicos e a funcção que lhes é, respectivamente, peculiar, não permittindo invasões reciprocas e determinando que só ao Poder Judiciario compete derimir os conflictos, julgar da validade dos actos e contractos, pelos quaes se adquiriram, resguardaram, transferiram, modificaram ou extinguiram direitos, e, em summa, restabelecer a ordem juridica alterada.

A theoria não é nova, tendo alicerces no velho direito nacional.

"A administração publica, pessoa juridica, quando contracta, nivela-se com a outra parte em perfeita relação de egualdade e, sendo quanto ella sujeita aos principios e regras do direito civil, perde a faculdade

de alterar ou revogar o seu proprio acto por méro arbitrio, ou poder discricionario».

«Toda questão contenciosa, todo litigio sobre direito, por isso mesmo que demanda julgamento, pertence á alçada do Poder Judiciario, e ao Juizo precisamente constituido para esse fim» (Res. de 22 de dezembro de 1886, e de 3 e 26 de julho de 1871, «vide» «O Direito», vol. CII, pag. 97).

Inexistente, nullo, de pleno direito, ou annullavel o contracto, absoluta ou relativa a nullidade, só uma sentença ou decreto judicial poderá pronuncial-a mediante a acção competente intentada pelo interessado, ou defesa opposta pelo prejudicado.

Quer o Poder Executivo, quer o Poder Legislativo, portanto. não pódem quebrar vinculos, de qualquer natureza, por elles mesmos solemnemente constituidos, ainda que eivados de nullidade, — pois, como dissemos, mas só está abolida a jurisdicção administratíva contenciosa, como lhes falta, para isso, attribuição constitucional.

Suscitando-se duvidas entre o Estado e os particulares a respeito da validade de um acto ou contracto em execução, só ao Poder Judiciario cabe dizer se é válido ou não, por haver sido praticado por agente capaz, ter objecto licito e revestir-se da forma prescripta, ou não defêsa, em lei, como o exige o art. 82 do Codigo Civil, combinado com os arts. 145, «alinea» 1ª, 129, 130 e 145 «alineas» 2ª, 3ª, 4ª e 5ª do mesmo Codigo,—ou por não preencher, ao contrario, algum desses requisitos.

Nisto consistem, simultaneamente, a harmonia e a independencia, ou melhor, a coordenação dos Poderes Politicos, de que nos falla Annibal Freire («Do Poder Executivo na Republica Brazileira»), estatuida no art. 15, da Constituição Federal, para equilibrio da ordem social como meio de fazer effectivas as garantias offerecidas pelo nosso Pacto Fundamental.

O Poder Judiciario, diz um escriptor, torna-se, então, o «centro de gravidade do systema presidencial.» (Ezza Seaman, «Systema do governo americano», cita-

do por Laurindo Leão, em seu tratado «Sobre a idéa do Estado e das administrações».)

Por essa mesma razão, quando o funccionario lesado recorre ao Poder Judiciario, este não intervem no acto de que aquelle recorre,—demissão, remoção, disponibilidade ou avulsão,—isto é, no acto que alterou o seu vinculo contractual contra a sua vontade; mas, tão sómente ordena a indemnização, ou reparação pecuniaria, que fôr devida pela offensa ao direito individual do dito funccionario,—por ser essa a sua attribuição constitucional.

O Poder Judiciario não reintégra, em suas decisões, o lesado na funcção de que foi desapossado, pois isso seria invadir attribuições de poder extranho: condemna simplesmente a Fazenda Publica,—entidade abstracta, ou pessoa juridica, que representa o Estado perante elle—, a pagar-lhe os vencimentos e mais vantagens da referida funcção, até reintegral-o, como mandaria indemnizal-o por perdas e damnos, se o cargo não fosse de remuneração directa pelos cofres publicos. («Accordam», do Supremo Tribunal Federal, de 14 de maio de 1914.)

O caso constitucional do «habeas-corpus»

E' verdade que o Poder Judiciario pode oppor-se, por meio do «habeas-corpus» a que um determinado acto do Poder Executivo, ou uma lei, vá ferir o direito individual, «certo, liquido e inquestionavel», de um funccionario, amparando-o de uma ameaça ou constrangimento illegal; mas, o faz por delegação constitucional expressa, tão sómente nos casos de excesso ou abuso, por parte de outro poder.

Nesses casos, o Poder Judiciario não se sobrepõe, como parece, á acção soberana e independente de outro poder, mas exerce ainda uma sua funcção constitucional,—a de agir, por meio de um remedio extraordinario, contra a coação á liberdade necessaria para o exercicio de um direito individual fóra de toda duvida, que está em perigo ou que acaba de

ser violado,—dado que hoje é tido, sem contestação, o exercicio de um cargo como o exercicio de um direito individual.

As medidas de ordem publica são da exclusiva competencia dos poderes politicos—executivo ou legislativo—, que as delibéram; mas, a defêsa dos direitos individuaes, «á sombra dos preceitos constitucionaes», é tambem de ordem publica e da competencia do poder que têm por escôpo a salvaguarda de todos os direitos.

As proprias leis, sendo retroactivas, são inconstitucionaes e, conseguintemente, nullas e de nenhum effeito, isto é, consideradas como si não existissem em relação a determinado facto juridico, realizado sob os auspicios da lei anterior.

A lei que retroage «não é uma lei», declara Benjamin Constant.

A offensa della decorrente, «ipso facto», constitue constrangimento illegal, por não se basear em lei considerada existente, ou em vigor, para o caso «sub judice».

Datas taes hypotheses e sendo o direito indiscutivel e clara a situação juridica do paciente, o Poder Judiciario, ao conceder o «habeas-corpus», não intervem na acção constitucional de outro poder, pois que provê em relação a dado caso e certo paciente, e só em favor de quem estiver no exercicio de um direito e delle não quer ser despojado. Não remedía ao funccionario que não estiver na posse do cargo. Para que se tome conhecimento de um pedido dessa natureza, é mistér que se trate, pelo menos, da continuação do exercicio de um direito incontestavel, e de uma offensa imminente ou que tenha acabado de sobrevir.

Prescripção dos direitos do funccionario

O direito do funccionario não se extingue antes de consummada a prescripção que nos termos da lei actual é, para as dividas passivas da Fazenda, de

cinco annos, a correr o prazo da data do acto, ou facto, do qual se origina a acção (Codigo Civil—art. 178, § 10.º, «alinea» 6ª),—sendo que essa lei não retroage, a respeito das dividas passivas dos Estados e Municipios, quanto aos actos e factos anteriores á sua promulgação, de sorte que, na peior das hypotheses, a nova prescripção quinquennaria somente póde começar a correr, para semelhantes dividas, da data da mesma promulgação, salvo para aquelles casos em que, antes de decorrido o quinquennio, se tiver consummado a grande prescripção.

Como ninguem ignora, a disposição legal que estabelecia antes da promulgação do Codigo Civil a prescripção quinquennaria para as dividas da Fazenda, só se referia ás da Fazenda Nacional, não abrangendo as da Fazenda Estadual e Municipal, que, por essa razão, seguiam a regra geral da prescripção extinctiva ordinaria (trinta annos).

Meios de interromper a prescripção.—O protesto

Antes de se consummar a prescripção do seu direito, o funccionario póde interrompel-a por qualquer dos modos estabelecidos no Codigo Civil, art. 172, applicaveis ao respectivo caso, a saber: acção competente, protesto, apresentação do credito em juizo de inventario, qualquer acto judicial que constitua em móra a Fazenda, ou qualquer acto inequivoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do seu direito pela Fazenda.

O protesto, conseguintemente, não é mais do que um dos modos de interromper o curso da prescripção, para fazel-a correr, de novo, da data do acto que a interrompeu, nos termos do art. 173, do Codigo Civil, citado.

Não dá direito a quem o não tem, e a sua falta não tira direito a quem o tem.

Não passa de uma affirmação solemne da intenção do autor, toda facultativa.

Não ha melhor affirmação, porem, dessa inten-

ção, do que a acção proposta em tempo, a qual é o meio normal de se conseguir a reintegração e o reconhecimento do direito violado.

Titulo de vitaliciedade.—O seu fim

Outrosim, para provar a vitaliciedade, não é indispensavel um titulo reconhecendo esse direito, pois ella decorre da lei expressa.

Se alguma regulamentação o declara «unico meio de prova», como o faz a lei n.º 709, do Estado do Amazonas, de 19 de outubro de 1912, exorbita, não só porque assim restringirá uma garantia assegurada pela Constituição, como supprimirá os meios ordinarios de prova, que são creaturas de direito substantivo e cuja instituição é da exclusiva competencia do Congresso Nacional.

A admittir-se o contrario, a vitaliciedade resultaria do titulo e nasceria com elle.

Entretanto, ella pre-existe e independe delle.

O titulo não a confere: declára-a, tornando liquido o direito do funccionario á vitaliciedade, pois é o documento official comprovativo desta.

Sem o «titulo de vitaliciedade», o funccionario apenas deixa de provar, de modo immediato, um direito certo e liquido, mas isso não pode obstar a que, pela vias ordinarias, se apure e reconheça o seu direito ao titulo, e mande-se-lhe, em consequencia, assegurar as vantagens do cargo.

Junho—1921.

Gaspar Guimarães.

Taboa das materias

	Pags.
I.—Categorias de funccionarios.....	3
II.—Perda do cargo.....	3
III.—A fórmula «emquanto bem servir»....	4
IV.—Inexistencia de privilegio.....	6
V.—Natureza do vinculo.....	7
VI.—Indemnização ao funccionario demittido.	8
VII.—A indemnização aos «não vitalicios»..	10
VIII.—A vitaliciedade no Estado do Amazonas	12
IX.—O principio da retroactividade. Direitos adquiridos e expectativas de direito.	13
X.—Irretroactividade das constituições amazonenses	16
XI.—Criterio nacional.....	18
XII.—Situação juridica do Estado, quando contracta.....	19
XIII.—Abolição do Contencioso Administrativo. Attribuição exclusiva do Poder Judiciario.....	20
XIV.—O caso constitucional do «habeas-corpus»	23
XV.—Prescripção dos direitos do funccionario	24
XVI.—Meios de interromper a prescripção. O protesto.....	25
XVII.—Titulo de vitaliciedade. O seu fim....	26

TYPOGRAPHIA
— da —
REVISTA « CÁ E LÁ »
Rua Joaquim Sarmento, 12
MANAOS

1805-
Comp

AMAZONAS
GOVERNO DO ESTADO

Comunicado

As imagens, textos e obras disponibilizadas pelo Centro de Documentação e Memória da Amazônia estão na maioria em domínio público ou possuem termo de cessão para publicação da versão digitais produzida pela Secretaria de Cultura.

Se porventura, você identificar alguma obra que não esteja de acordo com a Lei de Direitos Autorais (lei 9.610/98), entre em contato conosco para que possamos identificar e proceder com regularização.

O objetivo da Biblioteca da Amazônia na disponibilização das versões digitais é a preservação da memória e difusão da cultura do Amazonas e região norte do Brasil, sem prejudicar os direitos patrimoniais do autor, herdeiros ou quem possuir o direito de uso.

O uso destes documentos digitais, digitalizados ou nascidos digitais são apenas para fins pessoais (privado), sendo vetada a sua venda, edição ou cópia não autorizada.

Lembramos, que esses materiais podem ser encontrados nos acervos do Sistema de Bibliotecas Públicas da Secretaria de Cultura e Economia Criativa e seus parceiros.

ACERVOS DIGITAIS

https://beacons.ai/cdmam_sec

FALE CONOSCO

(92) 3090-6804
cdmam@cultura.am.gov.br
acervodigitalsec@gmail.com

Secretaria de Cultura e Economia Criativa

CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO E MEMÓRIA DA AMAZÔNIA - CDMAM

CENTRO CULTURAL DOS POVOS DA AMAZÔNIA